IESVS, MARIA, IOSEPH.

POR D. IVAN LVCAS CORTES, Y D. LORENZO FRANCISCO CORTES, MENORES, HIJOS DE IVAN CORTES, DIFVNCTO.

CONTRA ANTONIO ENRRIQVE, FIADOR DE BALTASAR COENRADO EN LA TVTELA DE LOS DICHOS MENORES.

EStà visto en Reuista este pleyto sobre la suplicacion que interpone Antonio Enrrique, del auto en que se confirmô el mandamiento de execucion contra el, por 25.qs. 843U905. marauedis en plata doble de los alcances en que està condenado Baltasar Coenrado en la quenta de la dicha tutela, y se mandò que en los diez dias de la ley pruebe y auerigue lo que le conuenga.

N. 1. Todo el fundamento de la suplicacion consiste en dezir que no fue citado Antonio Enrrique para las quentas que dio Baltasar Coenrado, ni para los autos en que fue condenado a estar y passar por dichas quentas, y a que pagasse los Alcances. Supuesto lo qual no puede auer cõtra el via executiua, ex his quę referunt Bursatus *cons. 203. vol. 2.* Dõ Garcia Mastrillo *decis. 20.* hisque prætermissis Escobar *de ratiocin. cap. 34.*

Y la importancia de este negocio no à permitido a los Menores el dexar de fundar por escripto su justicia, porque se co-

nozca assi con la realidad del eHcho, como por la verdadera razon de Derecho, que las doctrinas no se aplican al caso, y q̃ en principios legales se funda la defensa de los menores.

2 Por Iulio del año de .1640. D. Iuan Lucas Cortes pareciô ante el Alcalde D. Iuan de Leõ, y Iuan de Ruder Escriuano de Prouincia desta Real Audiencia, y dixo como auia muerto Cornelio Ioanzen de Bestouen su tutor, y de D. Loréço Francisco su hermano, que todavia estaua en la edad pupilar, pidiò que el Alcalde decirniesse la tutela del dicho Don Lorenço, y
Fol.18 la cura de D. Iuan, a Baltasar Coenrado. El Alcalde proueyò auto, *en que de oficio huuo por nombrado por tal tutor del Pupilo al suso dicho, y tambien por curador del menor, y mandò que acetasse, y se obli-*
Fol.24 *gasse, y diesse fianças, y hecho esto se le lleuassen los autos.* Acetò Baltasar Coenrado, y ante el mesmo Iuez presentò peticiones, *ofreciendo* al dicho Antonio Enrrique, y otros fiadores, y Abona-
Fol.25 dores. Y el Iuez proueyò *auto*, en q̃ dixo: *que queriendo el presente Scriuano recebir por su quẽta la obligaciõ de la muger, fiadores, y Abonadores q̃ ofrecia Baltasar Coenrado se recibã, y fecho se traygan los autos.*

3 Parecieron luego el dicho Antonio Enrrique y demas fiadores ante el dicho Iuã de Ruder en su mesmo oficio, y se cõstituyeron por fiadores de Baltasar Coẽrado, y de mancomũ, y renunciada la excusion, y demas derechos, se obligaron que el dicho Baltasar Coenrado vsarâ bien y fielmente el oficio de tal tutor y curador de los dichos menores, y referẽ la obligaciõ de indemnidad que les auia hecho, y por ella se obligan,
Fol.33 *y que pagarà* (dizen) *todos los alcances que le fueren fechos en la moneda de plata y vellon, ò otro genero de specie en que fuere alcançado en qualquier cantidad que sea en esta ciudad de Seuilla luego que lo tal pareciere, e le fuere mandado pagar por Iuez competente, sin pleyto ni dilacion. Y en su defecto se obligan de pagar los dichos alcances, que le fueren fechos al dicho Baltasar Coenrado, con mas los daños que se le recrecieren a los dichos menores por mala administracion, descuydo y omision suya.* Y concluyen que lo pagaràn *todo ello luego de contado en Seuilla llanamente y sin pleyto, luego que dello conste, y por todo y cada cosa dello se les pueda executar con solo la presentacion de la scritura, è testimonio del alcance o alcances, è del auto o sentencia en que fuere condenado, por los daños que le causaren a los dichos menores y su juramento, sin otra prueba, ni recaudo aunque de derecho se requiera, de que releuan a los menores, &c.* Luego ponen Clausulas amplissimas, en que se dan por entregados de todos los bienes y haziẽda de los menores, &c.

Y cierran

Y cierran la ſcritura con la clauſula guarentigia de *poder y facultad a las Iuſticias, para que por todos los remedios y rigores del derecho y via executiua, è como por ſentẽcia difinitiua de Iuez compe. ẽte por nos conſentida, y paſſada en coſa juzgada, nos compelan y apremien a la paga è cumplimiento de todo ello, renunciando como renunciamos las leyes, &c.*

4 Mediãte eſtas fianças decirniò el Alcalde a Baltaſar Coenrado el cargo de tutor y curador, y mandò que ſe regiſtraſſen en oficio de ſcriuano publico conforme al ſtilo de Seuilla. Y en el de ſu Prouincia ſe ajuſtô la hazienda de Iuan Cortès, y conſta del pleyto de particion que para eſte Articulo ſe â traido al Acuerdo, que las hijuelas de los dichos menores, cuyos efectos en dinero de contado entrarõ en poder del dicho Baltaſar Coenrado, mõtan mas que los alcances que ſe le piden.

5 Ajuſtòſe pues la primera quenta el año de quarenta y vno, porque auia ya el tutor recebido todo el dinero, y la final ſe acabò el año de quarenta y ſeys, y la aprobò el Iuez, y cõdenô el dicho tutor a que eſtè y paſſe por ella, y pague el alcance. Y el auto ſe le notificò, y paſſò en autoridad de coſa juzgada.

6 Con teſtimonio deſte alcance, y del auto condenatorio ſe pidiô la execucion, que eſtà confirmada en Viſta, contra que dize Antonio Enrrique, que no fue citado; y deſpues de viſto el pleyto añade, que eſtaua ya quebrado Baltaſar Coẽrado. Y en eſto ſe conuence por los autos, por donde conſta que la primera quẽta à tantos años q̃ ſe hizo, y la ſegũda era ſolo de reditos, y ya eſtaua hecha la compoſicion del Conſulado con los Acreedores de Baltaſar Coenrado.

7 Fundanſe los Conſulentes que ſe alegan por D. Garcia Maſtrillo *d. deciſ. 20.* en vna diſtincion de Bartulo (mal entendida por los modernos) que puſo *in. l. 1. ff. iudic. ſolu.* en la queſtion deſte pleyto. Vtrùm la ſentencia dada contra el principal ſe debe executar contra el fiador? La reſolucion es, que ſe execute contra el fiador de juyzio, y no contra el fiador de contracto. Pero la razon deſta diſtincion minimê hauſerunt à Barthulo recentiores.

8 De Derecho comũ los contractos no teniã via executiua, las ſentencias ſi *l. minor annis viginti quinque. 40. ff. de minor. l. poſt rem iudicatam. 56. ff. de re iud.* cum vulg. eſta diferencia mouiò la queſtion en que eſtuuieron contrarios Bartulo y Angelo *in d. l. 1.* dezia Bartulo, que la ſentencia dada contra el principal

no

no ſe podia executar contra el fiador del contracto, pero contra el fiador judicial ſi, porque entõces no ſe executaua la ſentencia, que eſta era impoſsible que tuuieſſe execucion contra aquel con quien el pleyto no ſe auia ſeguido, ſino que lo que ſe executaua era la ſtipulacion. *Qui fateor* (ait) *quòd ſentẽtia lata contra principalem non mandatur executioni contra fideiuſſorem, ſed ſtipulatio, qua fideiuſſor obligatus eſt iudicatum ſoluere, declarata per ſententiam, illa meretur execu ionem ſicut ſententia.* Y de aqui aduierte al Abogado el modo de pedir la execució, ſcilicet, que la funde en la ſcritura, y no en la ſentencia.

9 Angelus verò contrà, porque argüia con la meſma razon, pues ſi por Derecho comun la ſtipulacion no tenia via executiua, mal en virtud della ſe podia pedir la execucion: y ſi por la ſentencia ſe intentaua, obſtaria ſer inter alios acta inſcio fideiuſſore, y conſiguientemente ni executarla contra el, ni perjudicarle era poſsible *.l. ſæpè .63. ff. de re iudic. tot. tit. C. res inter alios.*

10 Sed Bartulo præbuerat auxilium Papinianus *in .l. tale pactum .40. §. 1. ff. de pact.* ibi: *Iudex appellationis, nullo alio de principali cauſa diſcuſſa, iuſtam conuentionem velut confeſsi ſequetur.* De forma que como la conuencion ſe refirieſſe à ſentencia futura, pronunciãdoſe eſta, era exequible la ſtipulació por Derecho comun; y aſsi en eſte texto, *ſecundum communem intellectum* (vt ait Paulus de Caſtro *in .d. l. 1.*) *ipſa conuentio partium mittitur executioni, non ſententia, & hoc magis placet, quandò contractus fit pro ſententia futura.*

11 Vndè todo el nierno de la diſtinccion conſiſte en que en la fiança de juyzio lo que promete el fiador es pagar lo q̃ fuere ſentenciado contra el principal, conque ni citacion ſuya, ni nueuo proceſſo con el es meneſter, porque en eſta ſtipulacion *duo contrahuntur* (inquit Baldus *in .l. fin. §. & cum antiquitas .n. 2. C. de vſur. rei iud.*) *ſcilicèt obligatio, & executio*: y de las razones q̃ pone, las dos primeras ſon muy al intento. *Primò, vt ſit litium finis. Secundò, natura verborum, quia promittit iudicatum rei ſolui, non iudicatum ipſius fideiuſſoris.*

21 Diſcurrieron pues los antiguos en la diſtinccion referida por Derecho comun, introduciendo la via executiua por la ſentencia, pues la ſtipulacion por ſi no la tenia: pero en eſte Reyno, y en nueſtro caſo, por los meſmos fundamentos, porque la fiança judicial (neque citatione præuia, neque nouo

pro-

processu) se executa contra el fiador, asi se debe executar este contracto contra los fiadores de la tutela por los alcances liquidados con Baltasar Coenrado, aprobados por auto passado en cosa juzgada. Pruebase lo primero, porque la obligació que Antonio Enrrique y sus consortes hizieron fue en conformidad del text *in l. 94. tit. 18. part. 3.* y asi comprehēde los dos generos de acciones, *tutellæ*, scilicet, *& rem pupili, vel adolescentis saluam fore.* Esto se ajusta, sin controuersia, de la mesma scritura, iuncta *d. l. 94* y consiguientemente la fiança es de las Prætorias cautionales, de quibus *in l. 1. § cautionales. ff. de pr. et. stip.* al qual titulo general de las stipulaciones pretorias suceden las species dellas, y la primera es de qua *toto tit. seq. ff. rem pupili, vel adolescentis saluam fore.* Y luego se sigue la de *iudicatum solui.* Por manera que pretoria stipulacion es la vna y la otra, y en esta la causa eficiente es el Iuez, *cuius iussu interponi solent,* la materia, la hazienda del menor, cuya indemnidad se pretende, y la forma, lo que estuuiere conuenido en la stipulació. Vvesen. & Cuiat. *in parat. ad tit. ff. de præt. stipul.* y el fin serà *vt res iudicio facto parata sit,* vt ex Cicerone referebat Cuiacius *obseru. lib. 10. cap. 29.*

13 Ergò la distincion de Bartulo, y las dos razones de Baldo q̄ que quedan referidas, proceden en esta fiança, para que se cometa la stipulacion, statim atquè se ajustò y aprobò la quenta ex vi ipsius stipulationis, arg. text. *in l. fin. ff. rem pup. vel adol. sol. for.* vbi Papiniani hæc aurea verba: *Pupilo verò agente, qui nō ipse contraxit, sed in tutorem incidit, & ignorat omnia, beneficium diuidundæ actionis iniuriam habere visum est, nè ex vna tutelæ causa plures, ac variæ quæstiones apud diuersos iudices constituerentur.* Razon que excluye la pretension del fiador, y funda la justificacion del pacto, en no obligarse a dar quenta los fiadores, porque el darla pertenecia al tutor, que era quien auia de administrar, y no ellos, y asi nunca pudieran dar quenta de administracion que no auia estado a su cargo. *l. tres tutores. 55. in prin. ff. de adm. tut. l. fin. C. de diuid. tutel.* Obligaronse pues a q̄ la daria el tutor, y que pagaria el alcance, y que si no lo pagasse ellos lo pagarian. El dia desta obligacion fue el en que dexò de pagar su alcance Baltasar Coenrado; porque si lo debia pagar el tutor, y no lo paga, sin mas requisito se comete la obligacion. *l. pen. ff. rem pup. vel adul. sal. for.* ibi: *Committitur stipulatio, si quod ex tutela dari fieri oportet, non præstetur.* Y asi el caso de la stipulacion, no

es

es la sentencia, sino el dexar de pagar el alcance que por ella fuesse condenado (vt ex Baldo retulimus *suprà num. 11.*) no se obligaron los fiadores a pagar el alcance que a ellos se les hiziesse, ni por el auto que con ellos se litigasse, sino aquello en que fuesse condenado el tutor, Guillelm. Durand. *in Specul. lib. 2. partic. 3. de exec. sent. §. sequitur videre, num. 10.* ibi: *Vndè si non mandaretur sententia executioni, sed expectaretur alia contra eos, non videretur de iudicato rei, sed de suo promisisse, quod est falsum.* Igitur tanto por la naturaleza de la accion, quãto por auer sucedido el caso de la fiança, dexando de pagar su alcance cediò el dia a los fiadores, y começaron à deber a los menores la paga, que les dexò de hazer el tutor *l. 4. §. hanc stipulationem. ff. rem pup. vel adul. sal. for.*

14 Rursùs, porque no solo por la naturaleza de la acciõ, sino por la formalidad de la fiança fue judicial la que hizierõ Antonio Enrrique y consortes, porque permitieron que Baltasar Coenrado los ofreciesse por sus fiadores ante el Alcalde (vt *supra num. 2.*) y esto basta para que la accion sea pretoria, *l. 4. §. fin. ff de fideius. tut* ibi: *Et nomina sua referri in acta publica passi sunt.* Y el Alcalde remitiò al scriuano el que los recibiesse por su quenta more antiquo Romanorum, *quo superiores Magistratus ad municipales remittebant, vt se de nominibus instruerent,* text *in l. 1. §. Præses, & §. Diuus. ff. de mag. conuen. l. vlt. C. eod.* y con efecto ante el mesmo scriuano otorgan las fianças, assegurando la quenta de la tutela, y el alcance que se aprobasse y mandasse pagar por Iuez competente, que es la calidad que contiene la fiança *iudicatum solui*, para que la sentencia se execute cõtra el fiador, sine nouo processu, nec citatione, porque lo que se executa es la stipulaciõ cometido el caso por la sentencia, vt ex Bartulo diximus.

15 Y mediante estos principios està conocida la diferencia de terminos de fiança; la nuestra es caucional Pretoria como diximos, y para el intento tiene la mesma essencia que la de iudicatum solui, imò lo es, pues se obligaron de pagar el alcãce que se aprobasse, y en que fuesse condenado Baltasar Coenrado *luego que lo tal pareciere, y le fuere mandado pagar por Iuez competente*, vt ex instrumento *sup. num. 3.* que es la cautela que para el caso enseñò Baldo *in l. fin. C. de fideius. tut.* dõde auiendo puesto la razõ de dudar sobre si el admitir estas fiãças, era de jurisdiccion voluntaria o contenciosa, sin disoluer esta duda dize:

Si

Si tu vis quod in omnes fideiussores fiat executio, facias eos promittere nō solùm respectu contractus, sed respectu iudicij, vt promittant debitum, & soluere iudicatum. Lugar conque se ajusta la scritura pues no solo prometieron la indemnidad del menor, y q̂ le daria quenta y pagaria el alcançe Baltasar Coenrado, sino que passando a mayor caucion dizen, que pagarân lo que le mandare pagar al tutor Iuez competente, y al alcance que contra el aprobare, y le condenare. Y esta cautela de Baldo aprueba el señor Gregorio Lopez *in.d.l.94.tit.28.p.3. verb. por fiador.* Y Escobar en el lugar que cita el Contrario, *de ratiocin.cap.34.n.5.* dize: *Hoc enim casu dubio procul aduersus talem fideiussorem, non citatum ad eundam rationem, executio pro reliquis fieri po erit.*

16 De aqui es, que no se podrà alegar Autor (ex his saltìm, quos viderimus) que hable en el caso y palabras desta fiança, y niegue la execucion del alcance liquidado solamente con el tutor, porque todos van con la distincion de contracto y juyzio, pero no hablan quando comprehendiere ambas formas la fiança. Y lo que mas es, que antes exceptuan el caso de ser el contracto guarentigio y executorio, como lo es el nuestro, por la clausula *de poder y facultad a las justicias, y como por sentencia passada en cosa juzgada, &c.* nullibi meliùs quâm apud Suar. *ad l.post rem iudicatam, in declar.leg. Reg.§. visum est supra num. 2.* por cuya auctoridad en nuestros terminos para que aya via executiua, Bursato *d.cons.203.vol.2.* dixo: *Vt hinc cautela creditoribus detur, vt contractus specificè executorios contra fideiussores celebrent, addito pacto vt coram quibuscumque iudicibus possint exequi contra eos, ac si sententia lata contra principales esset contra eosmet promulgata.* Y todos los demas consulentes, o lleuan esta mesma limitacion, o hablan en terminos de simple fiança, y por esso se verà que casi todos ellos tratan en este mesmo puncto el de la excusion, vt cumquê tamen es comun consentimiento entre todos que la clausula obra contra el efecto de la citaciō para la execucion de la sentencia. Et sic à Baldo didicit Escobar *vbi supra. num.4.* donde en terminos comprehende ambas partes de esta obligacion. Ait namque ex Baldo: *Quòd quando fideiussor obligatur dicens, quòd soluet, quidquid contra principalem fuerit liquidatum, etiam vbi is ad ratiocinandum citatus non fuerit, poterit pro reliquis cum principali liquidatis executari, eo quod hoc casu iam promittit soluere iudicatum contra principalem, non contra ipsum fideiussorem tantùm.* De forma

ma que ya por auer prometido pagar el alcance que ſe hizieſ-
ſe al tutor, ya por auerſe obligado a ello como por ſentencia
paſſada en coſa juzgada, procede derechamente la execucion
en virtud del contracto, pro cuius obſerua tione clamant iura.
in. l. iuri gentium. 7 §. ait prætor. ff. de pactis. l. legem 10. *C. eodem*, cum
ſexcentis alijs.

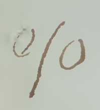
17 Y eſto vltimo excluye tambien las alegaciones generales
de Don Garcia Maſtrillo, y de Burſato, Siluano, y Nata alega-
dos por el, q̃ hablan en fianças y cauciones ordinarias, no em-
pero en terminos de la que oy ſe trata de executar, cuyas pac-
ciones ſon las leyes que determinan el pleyto, y por auerlas
pueſto, es viſto auerſe apartado los fiadores del Derecho co-
mun en que ſe fundan las dichas alegaciones generales. Text.
vbi DD. *in. l. 1. §. ſi conueniat. ff. depoſiti, vulgata. l. contractus. 23. ff.
de reg. iur.* vbi Cagnol Fab. & cæteri communiter repetentes.
No ſe obligò Antonio Enrrique a pagar lo que no pagaſſe el
tutor? pues al pacto debe eſtar, y cumplir ſu obligacion, *Pro-
uerb. cap. 6. Fili mi, ſi ſpoponderis pro amico tuo, defixiſti apud extraneũ
manum tuam, illaqueatus es verbis oris tui, & captus proprijs ſermoni-
bus. Fac ergo quod dico fili mi, & temetipſum libera, quia incidiſti in ma
num proximi tui.* Et tandem pro huiuſce pactionis pondero tex
tum *in. l. fideiuſſor. 16. §. fin. ff. de fideiuſſorib.* en cuyos terminos
por ſer el pacto, ſi no pagàre Titio, le fio yo, no es neceſſaria ex
cuſion, porque ſe comete la ſtipulacion luego que ceſſe Titio
en la Paga, *Cujatius in. l. decem. 116 de verb. oblig.*

18 Quibus illud accedat, que todo lo alegado por Antonio
Enrrique, es que no le citaron, y conforme a ſu obligacion
eſto no era neceſſario, ſupueſto que ſe obligò a pagar el alcan-
ce de la quenta que dieſſe el tutor, en caſo q̃ el no lo pagaſſe.
Pero dize algo contra la quenta? Imô no lo puede dezir, porq̃
ſupueſto que por las particiones que ſe hizieron de los bienes
de los Padres de dichos menores conſta el capital de ſus legi-
timas, y auer entrado en poder de Baltaſar Coenrado, en nin-
guna quenta puede padecer diminucion eſte capital, pues eſſe
es el que los fiadores prometieron eſtaria ſaluo è indemne. Y
conforme a derecho ni aun los reditos todos ſe deben gaſtar,
porque ſe vaya aumentando, y ſiempre eſtè cierto el capital,
l. 2. §. 1. cum. l. ſeq. ff. ubi pup. educ. deb. l. 20. tit. 16. p 6. ſed ſic eſt, que
el alcance porque ſe executa aun no monta tanto como im-
portô

portò el capital. luego necessariaméte no puede auer agrauio en las quentas.

19 Y es conclusion fundada *in l. recusare 6. ff. ad Trebel. l. qui potest. 26. ff. de reg. iur.* que el defecto de citacion no se considera stante defectu defensionis, Abb. Panormit. *in cap. accepta. versic. Concludo igitur, de restit. spol.* Felin. *in cap. 1. num 25. de iuieiur.* Menoch. *de adipisc. possess. remedio. 4. num. 450.* porque si los fiadores huuieran sido citados, no ay partida en las quentas que pudieran contradezir, y assi sobraua la citacion, argu text. *in l. ergo 4. §. illud videamus. ff. de fideicom. lib.* conque tambien se elide el dezir, que estaua insoluente Baltasar Coenrado, pues consta que las primeras quétas fuerõ dadas el año de. 641. y las otras el año de. 1645. despues de hecha la composicion del Consulado, y la quiebra â sido aora. Pero como quiera que el cargo no se justifica con la confession de Baltasar Coenrado, sino con el inuentario y particiones de dichos bienes, el que estuuiesse insoluente, ò no nihil generat præiudicij, sic illi, quos Cancer. *lib. 3. variar. cap 1. nu. 191.* Noguerol *allegat. 33. ex. n. 86.*

20 A estas razones de justicia acompañan las de equidad, pues se conoce que la defensa de Antonio Enrrique es maliciosa, y que el intento es querer (por no auer quedado mas fiador desta tutela, porque todos y los principales an quebrado y muerto, ò ausentadose, sin auer ninguno a cuyos bienes no aya concurso) igualar la desdicha de los menores, dexandolos sin cobrar nada de setenta y quatro mil ducados de plata, que era toda la hazienda que sus padres les dexaron, y diuidieron entre si el tutor y fiadores, consumiendo tan lucido caudal, cuyos dueños mendiguen por su causa. Moueant hæc si superiora omnimodo non adstringunt, vt Senatus Decretum non obstante Fideiussoris supplicatione Reuisionis vinculo confirmetur. Hisp. Die. 8. Marc. Ann. 1648.



Lic. Don Francisco Ortiz de Godoy.